

MEMÓRIA, INTERPRETAÇÃO E SUBJETIVAÇÃO: A LEI DA “FICHA LIMPA” SOB O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF

Luis Cláudio Aguiar Gonçalves (Uesb/GPADis/Fapesb/Capes)

luislawyer10@yahoo.com.br

Maria da Conceição Fonseca-Silva (Uesb/GPADis/Fapesb/CNPq)

con.fonseca@gmail.com

Introdução

Este trabalho é resultado de pesquisa inserida no âmbito dos estudos desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa em Análise de Discurso (GPADis), cadastrado no CNPq e autorizado pela Uesb, que teve início na dissertação “Memória e Interpretação: Constitucionalidade e Eficácia da Lei da ‘Ficha Limpa’ no STF” e que também está sendo desenvolvida na tese de doutorado “Memória e Interpretação: O Controle Concentrado de Constitucionalidade da Lei da ‘Ficha Limpa’”.

O objetivo é apresentar resultados relacionados à análise do papel da memória [discursiva] na interpretação jurídica e, em especial, no processo de subjetivação dos magistrados do Pretório Excelso no lugar de “Ministro do Supremo Tribunal Federal”, a partir da descrição e análise de gestos interpretativos – enquanto tomadas de posição assumidas e não negadas – mediante os quais deslizamentos/produções de sentido são realizados em materialidades significantes (precedentes jurisprudenciais e textos citados da doutrina jurídica) por intérpretes do STF, durante as apreciações e julgamentos levados a efeito pela Corte em torno da constitucionalidade da LC 135/2010. Esse diploma legal ficou conhecido como Lei da “Ficha Limpa”, ao inserir na LC 64/1990 novas hipóteses de inelegibilidade, que consideram a vida pregressa dos candidatos.

Com a edição da LC 135/2010, passou-se a se discutir, nos mundos político e jurídico, se as novas causas de inelegibilidade seriam aplicáveis já às eleições de 2010, tendo em vista o comando daquele que a jurisprudência e a doutrina têm chamado de Princípio da Anualidade Eleitoral, que se encontra insculpido no art. 16, da CF/1988, que diz *in verbis*: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Após analisar três recursos extraordinários relacionados a pedidos de registro de candidatura indeferidos pela Justiça Eleitoral com base nas novas hipóteses de inelegibilidades trazidas pela LC 135/2010 – o RE nº 630.147, de Joaquim D. Roriz, então candidato a Governador do Distrito Federal; o RE 631.102, de Jader F. Barbalho, candidato a Senador da República pelo Estado do Pará; e o RE 633.703, de Leonídio H. C. Bouças, candidato a Deputado Estadual de Minas Gerais –, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, por ter modificado o processo eleitoral, a Lei da “Ficha Limpa” não teria eficácia imediata, não se aplicando às Eleições 2010, em respeito à Segurança Jurídica e à Confiança Legítima do Cidadão Candidato e do Cidadão Eleitor, axiomas do direito que encontram guarita no Princípio da Anualidade Eleitoral (art. 16, da CF/1988).

Os recursos mencionados acima foram os únicos apreciados pelo Plenário do STF¹, que, no primeiro caso (RE nº 630.147), suspendeu o julgamento, devido ao adiantado da hora, e no segundo (RE 631.102), tendo em vista o empate advindo na votação, em virtude da vacância surgida com a aposentadoria do Ministro Eros Grau, aplicou, por analogia, o art.

¹ Depois de resolvida a questão que envolvia a aplicação da Lei da “Ficha Limpa” às Eleições 2010, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiriam que os recursos sobrestados, isto é, que ainda aguardavam julgamento, seriam apreciados monocraticamente por seus relatores, dispensando-se a análise pelo Plenário da Corte.

205, parágrafo único, inc. II, de seu Regimento Interno², mantendo o acórdão do TSE, que indeferiu o pedido de registro da candidatura de Jader Fontenelle Barbalho.

Somente no julgamento do RE 633.703, interposto por Leonídio H. C. Bouças, já com a presença do novo Ministro Luiz Fux, que a Suprema Corte decidiu, por 06 (seis) votos a 05 (cinco), que a Lei da “Ficha Limpa” não seria aplicada às Eleições 2010, considerando o que determina o Princípio da Anualidade Eleitoral. Naquela ocasião, não obstante tenham sido apontadas afrontas a outros dispositivos constitucionais³, inclusive tendo sido levantado *ex officio* pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Cezar Peluso, que a LC 135/2010 padeceria de vício de inconstitucionalidade formal⁴, a Corte se limitou a analisar a constitucionalidade do diploma inovador frente ao art. 16, da Constituição Federal de 1988, posicionando-se, como já visto acima, pela ineficácia da Lei da “Ficha Limpa” para as Eleições 2010.

Posteriormente, visando-se às eleições de 2012 e as seguintes, o Supremo foi novamente instado a posicionar sobre a constitucionalidade da LC 135/2010, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, proposta pelo Conselho Nacional das Profissões Liberais – CNPL, quando foram apreciadas a outras alegações de afronta à Constituição, tais como as violações ao Princípio da Irretroatividade das Leis e ao Princípio da Segurança Jurídica.

É que a Lei da “Ficha Limpa”, atendendo ao quanto requestado pela nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 4/1994 ao § 9º, do art. 14, da Constituição Federal de 1988⁵, instituiu, em sua maioria, novas hipóteses de inelegibilidade que, considerando a vida pregressa dos candidatos, baseiam-se em fatos ocorridos no passado para impedir que os mesmos possam ter seus pedidos de registro de candidatura deferidos. Como exemplo, temos a alínea “k”, do inc. I, do art. 1º, da LC 64/1990, conhecida como Lei das Inelegibilidades, que foi incluída pela LC 135/2010, cuja redação diz que são inelegíveis, para qualquer cargo,

² “Havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado” (inc. II, do parágrafo único, do art. 205, do RISTF).

³ As violações à Constituição Federal podem ser classificadas em vícios de inconstitucionalidade material e vícios de inconstitucionalidade formal. Os primeiros são afrontas a comandos normativos do texto constitucional, como os apontados pelos candidatos que, tendo seus pedidos de registro de candidatura indeferidos, recorreram ao Supremo Tribunal Federal, alegando violações ao Princípio da Anualidade Eleitoral (art. 16, da CF/1988), ao Princípio da Segurança Jurídica (art. 5º, inc. XXXVI, da CF/1988), ao Princípio da Inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF/1988), entre outros. Já os segundos são vícios que se referem à não-observância de algum procedimento previsto para realização devido processo constitucional legislativo, isto é, para a feita das leis.

⁴ O Ministro Presidente da Corte, César Peluso, levantou um ponto que entendeu que deveria ser fortemente considerado, questionando aos demais colegas se não haveria no caso uma inconstitucionalidade formal da LC 135/2010. Isso porque, de acordo com o ministro, o texto da Lei da “Ficha Limpa”, mesmo tendo sido alterado pelo Senado Federal, não retornou à Câmara dos Deputados, onde deveria ter sido reapreciado. Segundo aduz, houve uma série de alterações nos tempos verbais de alguns dispositivos da lei, que estava em tramitação. No caso da redação dada à alínea “e”, do inciso I, do art. 1º, da LC 64/1990, por exemplo, passou-se do tempo verbal “tenham sido condenados” para “que forem condenados”. Para ele, não se trataria de uma mera emenda de redação e, por isso, o texto deveria ter voltado para a Câmara dos Deputados, seguindo o entendimento do regimento interno daquela Casa Parlamentar. Entendeu o ministro que teria havido, na espécie, uma violação ao devido processo constitucional legislativo, previsto no art. 65, da Constituição Federal de 1988.

⁵ “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e dos prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (§ 9º, do art. 14, da CF/1988).

O Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura.

Tendo em vista que alguns juízos eleitorais, a exemplo do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, posicionaram-se no sentido de que a aplicação da LC 135/2010 a situações anteriores a seu advento – no caso da alínea “k”, do inc. I, do art. 1º, da LC 64/1990, às renúncias aos mandatos dos agentes políticos nela mencionados após o oferecimento de representação/petição capaz de autorizar a abertura de processo – constituía ofensa aos Princípios da Irretroatividade da Lei e da Segurança Jurídica, os autores das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30 justificaram a propositura de suas demandas com a necessidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade da aplicação da Lei da “Ficha Limpa” a fatos e/ou atos jurídicos anteriores ao seu advento, para se evitar situações de insegurança nas Eleições 2012, porquanto existiria controvérsia judicial⁶ a respeito, visto que o Tribunal Superior Eleitoral e outros Tribunais Regionais Eleitorais, como o de Minas Gerais, entendiam que tal aplicação retrospectiva não afrontava o Princípio da Irretroatividade das Leis.

Analisando a questão, no ponto específico que envolve a afronta ou não ao Princípio da Irretroatividade das Leis, previsto no inc. XL, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988⁷, o relator das ações de controle concentrado de constitucionalidade, o Ministro Luiz Fux, defendeu que a aplicação da Lei da “Ficha Limpa” a atos e/ou fatos jurídicos ocorridos em período anterior a sua edição, por constituir exemplo típico de *retroatividade inautêntica* ou *retrospectividade*⁸, não ofendia o princípio constitucional em discussão e, após estender sua análise aos demais pontos levantados nas exordiais das ações, que o diploma inovador era plenamente constitucional, no que foi acatado pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal.

⁶ O art. 14, inc. III, da Lei nº 9.686/99, estabelece como requisito intrínseco de admissibilidade (pressuposto) da Ação Direta de Inconstitucionalidade a existência de controvérsia judicial.

⁷ “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inc. XL, da CF/1988).

⁸ Em seu voto, o relator das ADC’s 29 e 30 e da ADI 4.578, o Ministro Luiz Fux, apresentou distinção doutrinária que ele diz existir entre *retroatividade autêntica* e *retroatividade inautêntica* ou *retrospectividade*, citando o jurista português Canotilho (2001). De acordo com o ministro, na hipótese da *retroatividade autêntica*, “a norma possui eficácia *ex tunc*, gerando efeitos sobre situações pretéritas, ou, apesar de pretensamente possuir eficácia meramente *ex nunc*, atinge, na verdade, situações, direitos ou relações jurídicas estabelecidas no passado” (FUX/STF, 2012, p. 4). Já no caso da *retroatividade inautêntica* ou (*retrospectividade*), “a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes, tendo-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos” (FUX/STF, 2012, p. 4).

Ainda segundo o Ministro do Pretório Excelso, “a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a processo eleitoral *posterior* à respectiva data de publicação é, à luz da distinção *supra*, uma hipótese clara e inequívoca de *retroatividade inautêntica*, ao estabelecer limitação prospectiva ao *ius honorum* (o direito de concorrer a cargos eletivos) com base em fatos já ocorridos. A situação jurídica do indivíduo – condenação por colegiado ou perda de cargo público, por exemplo – estabeleceu-se em momento anterior, mas seus efeitos perdurarão no tempo. Esta, portanto, a primeira consideração importante: ainda que se considere haver atribuição de efeitos, por lei, a fatos pretéritos, cuida-se de hipótese de retrospectividade, já admitida na jurisprudência desta Corte” (FUX/STF, 2012, p. 4).

1. Memória [discursiva] e processos de interpretação e subjetivação

Para compreensão do objeto, mobilizamos pressupostos teóricos da Análise de Discurso (AD)⁹, tais como as noções de “posição-sujeito” e “memória discursiva”, trabalhadas por Pêcheux ([1975] 2009, [1983a] 1999), respectivamente, em *Semântica e Discurso: Uma Crítica à Afirmação do Óbvio* e em *O Papel da Memória*, e as discussões que o referido autor realiza em torno da equivocidade dos enunciados, em *Discurso: Estrutura ou Acontecimento* (PÊCHEUX, [1983b] 1997).

Em *Papel da memória*, memória aparece como estruturação de materialidade discursiva complexa, estendida, segundo Pêcheux [1983b] (1999, p. 51), em uma dialética da repetição e da regularização: “a memória discursiva seria aquilo que, face a um texto que surge como acontecimento a ler, vem restabelecer os ‘implícitos’ [...] de que sua leitura necessita: a condição do legível em relação ao próprio legível”. Já em *Discurso: Estrutura ou Acontecimento*, o que é posto pelo autor, no tocante à leitura, é que todo enunciado seria “intrinsecamente suscetível de tornar-se outro, diferente de se mesmo, de deslocar-se discursivamente de seu sentido para derivar para um outro”, oferecendo-se sempre à interpretação (PÊCHEUX, [1983b] 1997, p.53).

A noção de posição-sujeito, de seu turno, é trabalhada por Pêcheux ([1975] 2009), como dito, em *Semântica e Discurso: Uma Crítica à Afirmação do Óbvio*. Quando o autor fala em sujeito, o mesmo é tomado como posição. Daí a definição de sujeito como posição-sujeito: algo que, não sendo da ordem do empírico (sujeito pragmático), é definido pela AD como um lugar de assujeitamento, de modos de pensar/falar sobre determinados objetos, que pressupõe atos de interpretação e que pode ser ocupado por qualquer indivíduo que com ele se identifique. Neste sentido, a ideologia é pensada na relação do sujeito com a língua e com a própria história, na produção de sentidos (ORLANDI, 2009).

Em nossa pesquisa, adotamos ainda o conceito de “lugar de memória discursiva”, cunhado por Fonseca-Silva (2007), em *Mídia e Lugares de Memória Discursiva*, quando a autora propõe trabalhar, na sociedade contemporânea, as mídias como lugares de interpretação e, nessa perspectiva, como lugares de estabilização/desestabilização de sentidos. Segundo a autora, toda materialidade significativa funciona como lugar de memória discursiva, oferecendo-se sempre à (re)interpretação. Seguindo esses postulados, em nossas análises, tomando os precedentes jurisprudenciais que são utilizados como critérios de interpretação na Suprema Corte também como “lugares de memória discursiva”, conforme os entende Fonseca-Silva (2007, p. 25), isto é, como lugares de interpretação e de (re)construção dessa mesma memória.

Consideramos ainda que os enunciados das construções interpretativas propostas a partir da leitura dos precedentes retomam certas materialidades repetíveis, no sentido de Pêcheux (1997 [1983a]), funcionando num espaço de memória que eles evocam e que passam a reorganizar, por meio dos equívocos da língua, em processos de interpretação de interpretações, estas materializadas em julgados pretéritos do Supremo (arestos), apontados pelos intérpretes que os citam como paradigmáticos à situação presente interpretada.

Os precedentes jurisprudenciais, tais como os anúncios publicitários analisados por Fonseca-Silva (2007), funcionam assim, enquanto lugares de memória discursiva, como espaços de interpretação, no quais, mediante certos gestos “de construção/re-construção de memória discursiva, ocorre estabilização/desestabilização de sentido(s) [...]” (FONSECA-

⁹ Escola fundada pelo filósofo francês Michel Pêcheux, no final dos anos sessenta, caracterizada por Orlandi (1996) como uma disciplina de entremeio, uma vez que coloca em relação pressupostos teóricos da Psicanálise Freudiana relida por Lacan (o sujeito do inconsciente), do Materialismo Histórico Marxista relido por Althusser (o sujeito da ideologia) e da Linguística Saussuriana relida pelo próprio Pêcheux (o sujeito do discurso), e que tem sido chamada de Escola Francesa de Análise de Discurso ou Pêcheuxtiana (doravante denominada AD).

SILVA, 2007, p. 25). Nessa perspectiva, a memória é tomada como um efeito na atualidade dos precedentes jurisprudenciais, ao fazer com que os sentidos neles presentes circulem, permaneçam, sejam repetidos ou esquecidos, transformados ou atualizados, o que tem como implicação o de fato de que esses registros de produção discursiva (de discurso jurídico), quando citados, momento em que são novamente afetados pela memória, provocam a emergência de certos conflitos, polêmicas, contra-discursos etc.

Esse gesto interpretativo que consiste em não apenas citar arestos da Suprema Corte e de outros tribunais, geralmente superiores, alegadamente paradigmáticos ao caso concreto ou à matéria jurídica que se busca compreender, mas também em produzir deslizamentos de sentido na superfície discursiva da materialidade significativa interpretada desempenha ainda um papel importante no processo de subjetivação dos magistrados da Suprema Corte no lugar/posição de sujeito “Ministro do Supremo Tribunal Federal”, visto que não é qualquer jurista que pode vir ocupá-lo, considerando os requisitos que a Constituição Federal impõe.

Para compreender esse processo de subjetivação, retomamos uma obra de Foucault ([1971] 1999), *A Ordem do Discurso*, em que são apresentados e discutidos três grupos de procedimentos de rarefação da produção discursiva, que atuam, controlando e delimitando o discurso naquilo em que ele mantém relação com o desejo e com o poder. A esse propósito, o autor apresenta uma hipótese que, segundo suas palavras, situa o lugar do trabalho que ele desenvolve:

Suponho que em toda a sociedade a produção do discurso é simultaneamente controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por papel exorcizar-lhe os poderes e os perigos, refrear-lhe o acontecimento aleatório, disfarçar a sua pesada, temível materialidade (FOUCAULT, [1971] 1999, p. 8-9).

No campo do direito, o discurso jurídico também sofre esse processo de rarefação, visto que aos vários lugares de produção desse discurso – a advocacia, a doutrina científico-jurídica, a promotoria, a magistratura etc.– são impostos certos pré-requisitos, muitos deles relacionados aos sujeitos falantes que podem ocupá-los de forma legítima. No caso dos magistrados do Pretório Excelso, responsáveis por dizer o direito constitucional em última instância, existe um requisito, o do notável saber jurídico, que está inexoravelmente ligado ao conhecimento do lugar de memória discursiva constituído pela jurisprudência, que, se dominado, permite ao intérprete julgador adentrar e permanecer, legitimamente, na ordem do discurso jurídico-constitucional, podendo participar de sua produção.

Quanto à análise das materialidades selecionadas (excertos retirados de peças processuais: petições iniciais e de recursos, relatórios e votos em acórdãos etc.), os quais primeiramente, conforme Pêcheux ([1983b] 1997), devem ser descritos, adotamos como metodologia a ser seguida o paradigma indiciário, modelo epistemológico surgido no final do Séc. XIX, no âmbito das Ciências Humanas, e que foi explicitado por Ginzburg (1991 [1986], p. 177), para quem, “se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifrá-la”.

2. O notável saber jurídico mediante o conhecimento da jurisprudência do STF.

O primeiro dos três grupos de procedimentos de controle da produção discursiva que Foucault ([1971] 1999) discute em *A Ordem do Discurso* é formado por procedimentos [sistemas de exclusão] externos ao discurso. Tratam-se da **Interdição**, da **Segregação da loucura (do discurso do louco)** e da **Vontade de Verdade**. Desses, o que mais interessa à

nossa pesquisa é o procedimento da **Interdição (o interdito)**, que se triparte em **tabu do objeto, ritual da circunstância e direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala**.

Existem ainda os outros dois grupos de controle da produção do discurso, constituídos, um deles, por procedimentos internos de delimitação do discurso, e o outro, por procedimentos que atuam na rarefação dos sujeitos falantes. No grupo dos procedimentos de delimitação internos ao próprio discurso, que funcionam como critérios de classificação, de ordenação e de distribuição, como se tratasse – diz Foucault ([1971] 1999, p. 21) – “de submeter uma outra dimensão do discurso: a do acontecimento e a do acaso”, temos **os princípios do comentário e do autor e as disciplinas**.

Já no grupo dos procedimentos que se aplicam aos sujeitos falantes, isto é, à sua rarefação, temos: i) **o ritual da palavra**; ii) **as sociedades de discurso**; iii) **as doutrinas**; e iv) **a apropriação social dos discursos**. Neste trabalho, explicitamos apenas o primeiro dos três que compõem o grupo dos procedimentos de controle externos ao discurso, o sistema de exclusão intitulado “**Interdição**” (o qual é formado pelo **tabu do objeto, ritual da circunstância e direito exclusivo ou privilegiado do sujeito que fala**), o **princípio do comentário** (procedimento de delimitação interno ao discurso) e o **ritual da palavra** (aplicável à rarefação dos sujeitos falantes), todos eles conceitos e noções caros à compreensão do papel da jurisprudência na ocupação legítima do lugar “Ministro do STF”.

Os interditos que constituem os “quadros negros” do procedimento de exclusão “**Interdição**” impõem três restrições à produção discursiva: i) não se pode falar de tudo (**tabu do objeto**); ii) em qualquer lugar ou de qualquer modo (**ritual da circunstância**); iii) por qualquer pessoa (**direito exclusivo ou privilegiado do sujeito que fala**). No caso dos magistrados do Pretório Excelso, mormente no que respeito ao último desses interditos, são impostos vários requisitos constitucionais (o art. 12, § 3º, inc. IV, e art. 101, da CF/1988).

Tratando de outro procedimento de controle da produção discursiva, ligado à delimitação interna do discurso, o comentário, Foucault ([1971] 1999, p. 21-22) afirma que

Não há sociedade onde não existam narrativas maiores que se contam, se repetem e se fazem variar; fórmulas, textos, conjuntos ritualizados de discursos que se narram, conforme circunstâncias bem determinadas; coisas ditas uma vez e que se conservam, porque nelas se imagina haver algo como um segredo ou uma riqueza.

Nesse sentido, Foucault ([1971] 1999, p. 22) diz existir, nas sociedades, de um modo muito regular, um desnível existente entre os discursos “que ‘se dizem’ ao correr dos dias e das trocas, e que passam com o ato mesmo que os pronunciou”, e aqueles discursos dos quais se originam “um certo número de atos novos de fala que os retomam, os transformam ou falam deles, ou seja, os discursos que, indefinidamente, para além da sua formulação, são *ditos*, permanecem ditos, e estão ainda por dizer”.

Os textos jurídicos, ao lado dos textos religiosos, literários e científicos, são apontados por Foucault ([1971] 1999) como exemplos dessas narrativas maiores, desses ditos que permanecem, sendo repetidos, recitados e reformulados. Muito provavelmente, seja esse o motivo de a citação de precedentes jurisprudenciais (com *status* de “textos maiores” nos atos de interpretação jurídica) – e a prática de comentá-los –, ter se imposto como um procedimento de delimitação da produção do discurso jurídico, notadamente quando desenvolvida no Plenário do Supremo Tribunal Federal, onde, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito [constitucional] é dito em última instância.

Foucault ([1971] 1999, p. 23) chama ainda a atenção para o fato de o desnível existente entre os discursos não ser estável, constante ou absoluto, mesmo tratando-se de um princípio incessantemente acionado, posto que, ainda que seus pontos de aplicação se modifiquem, sua função sempre permanece. A esse respeito, diz ele,

não há, de um lado, a categoria dada uma vez por todas, dos discursos fundamentais ou criadores; e, de outro, a massa daqueles que repetem, glosam e comentam. Muitos textos maiores se confundem e desaparecem, e, por vezes, comentários vêm tomar o primeiro lugar.

E isso a prática jurídica/judiciária de elaboração de jurisprudências e de precedentes jurisprudenciais bem comprova, vez que mesmo uma súmula importante de um Tribunal Superior ou um aresto paradigmático apontado como marco para a fixação de entendimento sobre determinada questão jurídica, a exemplo do acórdão prolatado por ocasião do julgamento do RE 129.392, pode dar lugar, por meio de comentários a seu texto, ao surgimento de um novo precedente jurisprudencial ou, no mínimo, a uma forte mudança de entendimento ou compreensão da matéria, o que ocorreu, de certo modo, no julgamento dos recursos extraordinários de Joaquim Roriz, Jader Barbalho e Leonídio Bouças.

O comentário, enquanto procedimento de delimitação da produção do discurso, estabelecendo uma relação entre texto primeiro (comentado) e texto segundo (o próprio comentário), está em constante modificação, podendo e, geralmente, assumindo múltiplas e divergentes formas, numa mesma época. De acordo com Foucault ([1971] 1999, p. 24), por exemplo, “a exegese jurídica é bem diferente (e isto há bastante tempo) do comentário religioso”.

Por fim, é necessário falar do último procedimento de controle da produção discursiva, que nos interessa mais de perto para a realização do debate que pretendemos instaurar: trata-se do que pode ser reunido sob a rubrica “**ritual**”, um dos procedimentos que atuam na rarefação dos sujeitos falantes. De acordo com Foucault ([1971] 1999), o terceiro grupo de procedimentos que permitem o controle dos discursos e do qual faz parte o **ritual**, atuando na determinação das condições de emprego dos discursos, impõe aos indivíduos que os proferem um certo número de regras, de modo a não permitir que toda a gente tenha acesso a eles.

Assim, enquanto os sistemas de exclusão (procedimentos de controle externos) têm por função dominar os poderes que os discursos detêm e os sistemas de delimitação (procedimentos de controle internos), exorcizar os acasos do seu aparecimento, os sistemas de rarefação dos sujeitos falantes atuam restringindo o lugar de enunciação: “ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências, ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo” (FOUCAULT, [1971] 1999, p. 37).

Isso ocorre porque “nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas (...), enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e postas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala” (FOUCAULT, [1971] 1999, p. 37). No caso em que existem essas restrições, o conjunto daquelas que podem ser reunidas sob o nome “**ritual**” – a forma mais superficial e mais visível dos sistemas de restrição, segundo Foucault ([1971] 1999, p. 38-39) – define

a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo do diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias e todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, em fim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção.

A esse respeito, afirma Foucault ([1971] 1999, p. 39) que, assim como os discursos religiosos e terapêuticos, e, em parte, os políticos, os discursos judiciários não são dissociados “dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos”.

Em nossa pesquisa, partimos do pressuposto de que a citação/interpretação de precedentes jurisprudenciais, isto é, os atos de comentá-los, de (res)significá-los, instaurando, às vezes, novos discursos, constitui-se como uma das práticas por meio dos quais os magistrados do Pretório Excelso desempenham o **ritual** exigido para que entrem legitimamente na ordem do discurso jurídico-constitucional, com o que acabam também por (re)atender um dos requisitos exigidos pela Constituição Federal de 1988 para que pudessem ser nomeados Ministros do Supremo Tribunal Federal: o notório saber jurídico¹⁰.

Definindo pré-requisitos para a investidura no cargo de Ministro, reza a Constituição Federal de 1988, na Seção II – DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, do Capítulo III – DO PODER JUDICIÁRIO, do Título IV – DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES, que:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de **notável saber jurídico** e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (negritamos).

Analisando o processo de escolha e nomeação dos Ministros da Suprema Corte, Cretella Júnior (1993, p. 3.063) diz existirem três fases distintas: i) a indicação de um nome pelo Presidente da República; ii) a aprovação ou rejeição pelo Senado Federal do nome indicado; e iii) a nomeação ao cargo feita também pelo Presidente da República.

Na segunda fase desse processo, é que se verifica, por meio da sabatina feita pelos Senadores Federais e dirigida ao candidato indicado pelo Presidente da República ao cargo de Ministro, se o mesmo é um profundo conhecedor das mais diversas questões jurídicas, direito material e processual, notadamente daquelas de competência da Corte, preenchendo assim o requisito do “notório saber jurídico”.

Questão tormentosa, enfrentada pela doutrina abalizada, refere-se, precisamente, à definição do conceito de “notório saber jurídico” e os limites dessa expressão que, fazendo parte da redação do *caput* do supracitado art. 101, da Constituição Federal de 1988, traz em si uns dos requisitos para a investidura no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Pressuposto que já foi um dos mais discutidos pelos estudiosos do direito, o “notório saber jurídico” é apontado como *conditio sine qua non* (condição indispensável) para que alguém seja investido na função de Ministro do Supremo Tribunal Federal, uma vez que cabe à Corte diz o direito (*jus dicere*) face à Constituição, posto estar ela sob sua guarda.

Inicialmente, o ordenamento jurídico brasileiro [republicano], inaugurado com a Carta Política de 1891, exigia como condição para investidura no cargo de Ministro apenas “notório saber” (art. 55, CF/1891), o que deu ensejo à indicação de pessoais que não eram bacharéis em direito, provocando discussões teóricas e políticas acaloradas, principalmente em torno da conceituação ou do entendimento que deveria ser dado a esse requisito (“notório saber”).

Até a promulgação da Constituição Federal de 1934, quando se passou a exigir como um dos requisitos para a investidura no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal “notório saber jurídico” e não apenas “notório saber” (art. 74, da CF/1934), como faltava à expressão o adjetivo “jurídico”, não estando explicitado no texto constitucional se o “notório

¹⁰ Considerando a afirmação de Maximiliano (2009, p. 145) no sentido de que até hoje a jurisprudência desempenha o seu grande papel “de esclarecedora dos Códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas”, adquirido no século XVII, quando ressurgiu a prática de se interpretar diretamente os textos normativos, transformando a opinião individual dos doutores em fonte meramente secundária do direito, atendida só quando fundada na razão e na letra da lei, mostrar-se conhecedor dos precedentes jurisprudenciais da Corte é sim uma forma de o Ministro do Supremo Tribunal Federal demonstrar notório saber jurídico.

saber” seria um “saber jurídico”, alguns políticos defendiam, realizando uma interpretação literal da redação do art. 55, da Constituição Federal de 1891, a possibilidade de se nomear pessoas de notório saber em outras áreas do conhecimento.

A esse respeito, afirma Lenza (2008, p. 475) que a partir do momento em que o Senado Federal recusou a indicação de um médico, Cândido Barata Ribeiro, e a de dois generais, Innocêncio Galvão de Queiroz e Antônio Séve Navarro, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, feitas pelo Presidente [em exercício] Floriano Peixoto, por motivação política, consagrou-se o entendimento de que somente juristas, com formação/bacharelado em direito, poderiam ser nomeados Ministros do STF.

Na ocasião das indicações feitas pelo Presidente Floriano Peixoto, o Senado Federal acatou o parecer emitido pela sua Comissão de Constituição e Diplomacia – “Parecer João Barbalho” –, no sentido de se rejeitar os nomes indicados, por se tratarem de pessoas sem habilitação profissional em direito, um médico e dois generais do Exército, não se devendo aprovar os decretos presidenciais [de nomeação], sob dois argumentos basilares:

a) Esse requisito de notável saber, exigido pela Constituição, refere-se especialmente à habilitação científica em alto grau nas matérias sobre que o Tribunal tem de pronunciar-se, *jus dicere*, o que supõe nos nomeados a inteira competência e sabedoria que no conhecimento do Direito devem ter os jurisconsultos.

b) Mentiria a instituição aos seus fins, se se pudesse entender que o sentido daquela expressão notável saber, referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos, independesse dos que dizem respeito à ciência jurídica; pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciário, *verbi gratia*, de astrônomos, químicos, arquitetos, etc. sem se inquerir da habilitação profissional em Direito (BARBALHO *apud* MAXIMILIANO, 1954, p. 317).

A doutrina especializada, composta de constitucionalistas, por seu turno, divide-se quanto à necessidade de o ocupante do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal ser bacharel em direito: entendendo que esse requisito está implícito na exigência do “notório saber jurídico”, posicionam-se Cretella Júnior (1993, p. 3.063), Temer *apud* Moraes (2006, p. 492) (em nota de rodapé) e Ferreira Filho *apud* Moraes (2006, p. 492) (em nota de rodapé); no sentido contrário, defendendo a não necessidade do bacharelado em direito para a investidura no referido cargo, estão Tavares (2006, p. 1.020), Fiuza *apud* Moraes (2006, p. 492) (em nota de rodapé) e o próprio Moraes (2006, p. 492).

Conforme Temer *apud* Moraes (2006, p. 492) (nota de rodapé), “a Constituição alude a notável saber jurídico. Haverá de ser bacharel em Direito? Indubitavelmente, sim. Só pode notabilizar-se na área jurídica aquele que nela desempenhar atividade durante o processo”. Assumindo a mesma posição, Ferreira Filho *apud* Moraes (2006, p. 492) (em nota de rodapé), afirma que “é certo que a melhor interpretação, conforme a lição de Pedro Lessa, era a que via implícita a necessidade de saber jurídico, dada a natureza das funções”, e mais adiante: “hoje, indubitavelmente, não poderá fazer parte do Supremo quem não for graduado em Direito”.

Já Moraes (2006, p. 492) afirma que o Supremo “não exige para seus membros a obrigatoriedade do bacharelado em Ciências Jurídicas, e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura, apesar da obrigatoriedade de notável saber jurídico”. Assim se posiciona Tavares (2006, p. 1.020), para quem, “o notável saber jurídico é condição extremamente subjetiva, que acaba por ficar definida pelo Senado Federal e pelo Presidente da República, poderes para os quais necessariamente se necessita do conhecimento jurídico”.

Destarte, trata-se o “notório saber jurídico” de um conceito subjetivo, tal como pontifica Tavares (2006, p. 1.020), e indeterminado: aberto a interpretações. De qualquer modo, a doutrina – e isso desde o início da primeira metade do século XX – já apontava os atributos que deveria possuir o ocupante do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, tal como se pode verificar do conceito dado por Maximiliano (1954, p. 317), quando este ensina que “o futuro membro da judicatura mais alta deve ser acatado **jurista, de sólida cultura**, e reputado como homem intemerato e de grande ponderação” (negritamos).

No que se refere aos predicados apontados acima por Maximiliano (1954, p. 317), notadamente os que se relacionam à necessidade de ser o integrante da Suprema Corte um jurista de sólida cultura, o que se constata é que, mesmo após se nomeado, ao Ministro é, implicitamente, imposto a constante demonstração de seu “notório saber jurídico”. Isto é, deve ele reafirmar, a cada ato jurisdicional de que participa, sua condição de jurisconsulto: possuidor de um saber aprofundamento no campo das Ciências Jurídicas, detido tão-somente por quem pode ser consultado nas mais diversas matérias do direito.

Sendo assim, o saber jurídico do ocupante do cargo de Ministro do STF – “sabido de todos ou de muitos; geralmente conhecido; público” (definição apresentada pelo Dicionário Brasileiro Globo para o adjetivo notório) – deve ser passível de verificação não apenas no que atine ao momento anterior ou concomitante a aprovação ou rejeição de seu nome pelo Senado, mas também ao decorrer do exercício de suas funções enquanto intérprete constitucional. Destarte, além de extraordinário, o que importa em considerar que não basta somente a graduação em direito ou os conhecimentos ordinários, comuns que se espera de quem é bacharel na área, para que seja atendido o requisito do notório saber jurídico, deve este ser sempre evidenciado por quem o diz possuir e ratificado por seus pares e pelos jurisdicionados.

A esse respeito, o que se verifica, perlustrando rapidamente notícias, reportagens e artigos, divulgados na *internet*, que abordam as nomeações de alguns dos atuais membros do Supremo Tribunal Federal, ou que os avaliam, especialmente no que se refere ao atendimento do requisito constitucional do “notório saber jurídico”, é que, vez ou outra, surgem questionamentos sobre a notoriedade do saber jurídico de alguns ministros da Corte, ou mesmo sobre a existência desse saber. Foi o que aconteceu com Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Aurélio de Mello e Rosa Weber.

Em razão disso, faz-se necessária, portanto, a ininterrupta demonstração da condição de jurisconsulto, posto que, para entrar nessa ordem do discurso e, em especial, para continuar ocupando, legitimamente, esse lugar de produção discursiva (de discurso jurídico), o Ministro da Suprema Corte deve demonstrar que detém um conhecimento profícuo e vasto no que respeita aos saberes jurídicos e que, em virtude desse atributo, pode ser considerado um “doutor” em direito, o que ele pode buscar fazer, produzindo e propondo suas próprias teses e construções hermenêuticas, mas também citando autores da doutrina abalizada e, principalmente, arestos que fazem parte da jurisprudência consolidada da Corte.

Verificamos que é, precisamente, mediante essa última prática que os magistrados do Pretório Excelso se subjetivam no lugar de Ministro do Supremo Tribunal Federal: nos julgamentos dos recursos de Joaquim Roriz, Jader Barbalho e Leonídio Bouças, buscando apresentar uma exegese válida para determinados dispositivos da Constituição, que estavam sendo discutidos/interpretados – o art. 14, § 9º, e o art. 16, da CF/1988 –, os ministros que se debruçavam mais detidamente sobre o assunto, citavam arestos paradigmáticos da Corte como precedentes jurisprudenciais, que, por funcionarem interpretativamente como lugares de memória discursiva, permitiam que fossem produzidos deslizamentos de sentido em sua superfície discursiva, possibilitando assim a emergência de nossas teses exegéticas.

Os Ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes, por exemplo, relatores, respectivamente, dos recursos extraordinários de Joaquim Roriz e Leonídio Bouças, buscaram interpretar, o primeiro, a norma inculpada no art. 14, § 9º, da CF/1988, e o segundo, a constante do art. 16,

também da CF/1988, comentando arestos da Corte, que, segundo entendiam, eram paradigmáticos aos casos *sub judice*. Mesmo podendo fazê-lo, já que ocupam os lugares de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, os Ministros não realizaram uma interpretação direta dos dispositivos supracitados, mas o fizeram por meio da lupa possivelmente reveladora de interpretações feitas anteriormente pela própria Corte, quando esta apreciou e julgou o RE 129.392, citado pelos dois ministros em construções interpretativas antagônicas, e as ADI's 733, 718, 354, 3345, 3741, 3685, citadas apenas pelo segundo, Gilmar Mendes.

Essa prática jurídica de interpretação – *jus dicere* através de arestos –, demonstra que atualmente, tal como afirmado por Maximiliano (2009), a Jurisprudência desempenha um papel de suma importância em nosso ordenamento, constituindo-se e se apresentando como uma voz de autoridade: reveladora da vontade legal. Talvez, não tão expressivo como nos países da *common law*, onde, na maioria das vezes, o costume jurisprudencial se sobrepõe ao direito positivo (leis escritas), mas, igualmente, uma fonte do direito e, principalmente, um critério muito empregado na realização da hermenêutica jurídica.

É precisamente esse o papel que a jurisprudência desempenha, quando um Ministro do Supremo Tribunal Federal cita um aresto pretérito da Corte como precedente jurisprudencial: além de servir como método de interpretação jurídica, mediante o qual busca o magistrado explicitar o comando normativo previsto no dispositivo constitucional que interpreta, apontando interpretações feitas por quem fora autorizado pela própria Constituição (a Corte), essa prática se constitui como um meio de o ministro preencher continuamente o requisito do notório saber jurídico, podendo assim permanecer, de forma legítima, na ordem do discurso.

Um dos efeitos dessa prática é, portanto, o de evitar, de certo modo e até certo ponto, que seja colocada em cheque a legitimidade do sujeito pragmático ocupante daquele lugar de produção de discurso (de revelação do direito), por faltar a ele, supostamente, o requisito do notório saber jurídico. Ademais, como guardiões da Constituição, os membros do Supremo ocupam, em nosso ordenamento, um lugar de proeminência na ordem do discurso jurídico, cuja responsabilidade e competência envolvem, por meio da formação de novas jurisprudências, a regulamentação de questões que ainda não foram objeto de positivização, ou seja, que ainda não foram reduzidas pelo Legislativo a textos escritos, e principalmente a atualização das normas já existentes, conformando-as, consoante ensina Maximiliano (2009), às novas necessidades dos jurisdicionados, ditadas pelas mudanças sócio-político-culturais.

Desse modo, para além de oferecer um suporte material a mais para a resolução dos conflitos que são submetidos à tutela jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (critério interpretativo), a jurisprudência da Corte funciona como repositório de um saber que, por ser legitimado pela própria Constituição, teria o condão de oferecer sempre a melhor resposta. Daí se conclui ser o lugar de memória constituído pelos arestos (precedentes jurisprudenciais) de suma importância no exercício do ônus/poder de dizer o direito em última instância, funcionando como um espaço de memória – e, portanto, de saber/poder –, cujo domínio é imprescindível a quem deve ou afirma possuir “notório saber jurídico”.

Conclusão

As análises nos permitem concluir que os arestos paradigmáticos que são citados como precedentes jurisprudenciais pelos intérpretes jurídicos funcionam como lugares de memória discursiva, no sentido em que Fonseca-Silva (2007) os conceitua, isto é, como espaços de interpretação (modificação, repetição e circulação de sentidos), sendo empregados como critérios hermenêuticos e, às vezes, até mesmo como fontes de conteúdo normativo, cuja citação/interpretação se constitui como uma prática por meio da qual juízes se subjetivam no lugar de Ministro do STF, adentando legitimamente na ordem do discurso constitucional, ao

atender requisito ou, nas palavras de Foucault ([1971] 1999), mecanismo de controle da produção discursiva, previsto no art. 101, da Constituição Federal: o notável saber jurídico.

A esse respeito, considerando a citação/interpretação de precedentes jurisprudenciais para a compreensão de todas as matérias que formam o objeto das demandas trazidas à apreciação do Pretório Excelso na análise da constitucionalidade da Lei da “Ficha Limpa”, tem-se que o notável saber jurídico que é exigido dos Ministros envolve, necessariamente, o conhecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que funciona como espaço de memória [discursiva] indispensável à compreensão das normas jurídicas e à produção do discurso jurídico-constitucional.

Referências bibliográficas

- BRASIL. *Constituição: da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_21.12.2011/index.shtm>. Acesso em : 23/02/2012.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 64*, de 18 de maio de 1990. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 21 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 16/02/2012.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 135*, de 4 de junho de 2010. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 7 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 16/02/2012.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29. Rel. Ministro Luiz Fux. Brasília – DF, 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4065372>>. Acesso em 06.09.2014.
- CRETELLA JR. José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. VI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- FONSECA-SILVA, M. da C. Mídia e Lugares de Memória Discursiva. In: *Mídia e Rede de Memória*. Vitória da Conquista: Edições Uesb, 2007b, p. 11-37.
- FOUCAULT, M. *A Ordem do Discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 5ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999. Edição Original: 1971.
- GINZBURG, C. Sinais. Raízes de um Paradigma Indiciário. In: *Mitos, Emblemas, Sinais. Morfologia e História*. Tradução de Frederico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 143-179. Título original: *Mitti, emblemi, spie: morfologia e storia*, 1986.
- LENZA. Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- MAXIMILIANO, C. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo, Atlas, 2006.
- ORLANDI, E. P. *Interpretação: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- _____. *Análise do Discurso: princípios & procedimentos*. São Paulo: Pontes, 2009.
- PÊCHEUX, M. *Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi. 4ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2009. Edição original: 1975.
- _____. Papel da Memória. In: *Papel da Memória*. Organização: Pierre Achard *et al.* Campinas: Pontes, 1999, p. 49-57. Edição original: 1983b.
- _____. *O discurso, estrutura ou acontecimento*. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi. Campinas: Pontes, 1997. Edição original: 1983a.
- TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.